Deutscher Bundestag **Drucksache 18/12798**
18. Wahlperiode

21.06.2017

Vorabfassung - wird durch die lektorierte Fassung ersetzt.

Gesetzentwurf
des Bundesrates

Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Verbraucherschutzes bei Telefonwerbung

A. Problem und Ziel

Die Belästigung durch überraschende und unerbetene Werbeanrufe ist für eine Vielzahl von Verbraucherinnen und Verbrauchern bereits seit vielen Jahren ein erhebliches Problem. Alle bisher vom Gesetzgeber ergriffenen Maßnahmen zur Bekämpfung dieses Phänomens haben nicht in ausreichendem Maße eine Verbesserung der Situation bewirken können. Zuletzt hatte die Bundesregierung mit dem Gesetz gegen unseriöse Geschäftspraktiken vom 1. Oktober 2013 (BGBl. I S. 3714) versucht, belästigenden Telefonanrufen im Bereich der Gewinnspieldienste den Boden zu entziehen, indem sie für solche Verträge ein generelles Textformerfordernis einführte. Ergänzend führte sie einen neuen Bußgeldtatbestand für unerlaubte Werbeanrufe ein, die unter Einsatz einer automatischen Anrufmaschine durchgeführt werden, und erhöhte die Bußgeldobergrenze für unerlaubte Werbeanrufe in den übrigen Fällen. Das Gesetz gegen unseriöse Geschäftspraktiken und hätte laut Koalitionsvertrag für die 18. Legislaturperiode nach zwei Jahren evaluiert werden sollen. Die beabsichtigte Evaluation steht jedoch nach wie vor aus und kurzfristig ist das Vorliegen von Ergebnissen nicht zu erwarten.

Indessen belegen die jüngsten Erhebungen der Verbraucherzentralen eindrücklich, dass das besagte Gesetz nicht zu einer signifikanten Verbesserung der Situation geführt hat. Eine im Zeitraum von Anfang Juli 2014 bis Mitte November 2015 von den Verbraucherzentralen durchgeführte Untersuchung bestätigt, dass das Geschäft mit überraschenden Werbeanrufen und untergeschobenen Verträgen weiterhin floriert, wobei nun Anrufe zu Produkten der Telekommunikationsanbieter, der Energieversorger, der Zeitschriftenverlage und weiterer Branchen einen hohen Anteil am Gesamtaufkommen ausmachen. Die Zahl der in diesem Zeitraum von den Verbraucherzentralen bundesweit erfassten Beschwerden zu unerlaubten Werbeanrufen und am Telefon untergeschobenen Verträgen belief sich auf ca. 19 500.

Somit besteht weiterhin der Bedarf nach einer klaren gesetzlichen Regelung, welche

die Beweissituation bei der Frage nach dem Zustandekommen von telefonischen Verträgen zu Gunsten der Verbraucher verbessert. Im Interesse des Verbraucherschutzes sowie des redlichen Wettbewerbs erscheint eine weitere Verzögerung notwendiger gesetzlicher Maßnahmen nicht hinnehmbar.

B. Lösung

Nur eine Maßnahme, die gezielt auf die Wirksamkeit der Folgeverträge ausgerichtet ist, erscheint geeignet, die wirtschaftliche Attraktivität der unerwünschten Telefonwerbung effektiv zu bekämpfen. Die Länder haben dies bereits vor knapp einem Jahrzehnt erkannt und haben seither immer wieder Versuche zur Einführung einer Regelung unternommen, nach der die Wirksamkeit von Vertragsschlüssen, die auf Grund von ungebetenen Werbeanrufen zustande kommen, an eine ausdrückliche und formgerechte Bestätigung des Verbrauchers geknüpft werden sollte (sogenannte Bestätigungslösung).

Mit der hier vorgeschlagenen Regelung verfolgt der Bundesrat diesen Regelungsansatz im Wesentlichen weiter, wobei er sich an der hierfür ausdrücklich vorgesehenen Öffnungsklausel der Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2011 über die Rechte der Verbraucher, zur Abänderung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates und der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der Richtlinie 85/577/EWG des Rates und der Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates (Verbraucherrechterichtlinie - VRRL) orientiert. Danach sollen auf Werbeanrufen basierende Verträge zwischen Verbrauchern und Unternehmen nur dann wirksam werden, wenn der Unternehmer sein telefonisches Angebot gegenüber dem Verbraucher anschließend auf einem dauerhaften Datenträger - beispielsweise per Post, E-Mail, Fax oder SMS - bestätigt und der Verbraucher den Vertrag in Textform genehmigt. Einer eigenhändigen Unterschrift des Verbrauchers oder des Unternehmers soll es auch weiterhin nicht bedürfen. Diese Formvorschrift soll außerdem nicht gelten, wenn der Verbraucher selbst bei einem Unternehmen anruft, um auf eigenen Wunsch Waren oder Dienstleistungen zu bestellen.

Eine solche Regelung eröffnet die Möglichkeit, wirksam gegen unseriös agierende Unternehmen der Callcenter-Branche vorzugehen, indem sie die Verbraucherrechte stärkt und den redlichen Wettbewerb fördert.

Vorabfassung - wird durch die lektorierte Fassung ersetzt.

Eine solche Regelung eröffnet die Möglichkeit, wirksam gegen unseriös agierende Unternehmen der Callcenter-Branche vorzugehen, indem sie die Verbraucherrechte stärkt und den redlichen Wettbewerb fördert.

C. Alternativen

Wirksame Alternativen zur effektiven Eindämmung der unlauteren Telefonwerbung stehen nicht zur Verfügung. Es hat sich gezeigt, dass nahezu alle bisher ergriffenen Maßnahmen zur Eindämmung unerwünschter Telefonwerbung nicht den gewünschten Erfolg gebracht haben.

D. Finanzielle Auswirkungen auf die öffentlichen Haushalte

Die Regelung hat keine finanziellen Auswirkungen auf die öffentlichen Haushalte.

E. Sonstige Kosten

Für Anbieter von telefonisch vertriebenen Waren und Dienstleistungen könnte durch die Notwendigkeit der Übermittlung einer Angebotsbestätigung sowie der Einholung einer Genehmigungserklärung des Verbrauchers ein erhöhter Aufwand entstehen. Insoweit ist zu beachten, dass neben Sendungen auf Papier in Form von Briefen, Postkarten, Prospekten usw. auch Bestätigungen per E-Mail, (Computer-) Fax oder SMS gleichermaßen die Anforderungen an einen dauerhaften Datenträger nach § 126b Satz 2 BGB erfüllen.

Darüber hinaus sind Unternehmer bei den in Frage stehenden Fernabsatzverträgen bereits nach geltendem Recht verpflichtet, Verbrauchern eine Bestätigung des Vertrags, in der der Vertragsinhalt wiedergegeben ist, innerhalb einer angemessenen Frist nach Vertragsschluss auf einem dauerhaften Datenträger zur Verfügung zu stellen (vgl. § 312f Absatz 2 bis 4 BGB). Der mit der hier vorgesehenen Neuregelung entstehende Mehraufwand für Unternehmer beschränkt sich somit im Wesentlichen auf die Übermittlung der zum Zwecke der Vertragsbestätigung bereits aufbereiteten Inhalte im Anschluss an das Telefonat sowie der Einholung der Genehmigungserklärung des Verbrauchers. Die in Artikel 246a des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche genannten Pflichtinformationen müssen vom Unternehmer auch weiterhin nur einmalig - entweder im Rahmen der Angebotsbestätigung oder der Vertragsbestätigung nach § 312f Absatz 2 und 3 - erteilt werden (vgl. § 312f Absatz 2 Satz 2 BGB).

Vorabfassung - wird durch die lektorierte Fassung ersetzt.

Dies ist als notwendiges Mittel zur Verbesserung des Schutzes von Verbraucherinnen und Verbrauchern vor Überrumpelung und unerwünschten Vertragsschlüssen hinzunehmen. Da gleichzeitig die Marktchancen der redlichen Unternehmer eine Verbesserung erfahren, ist eine Steigerung der Verbraucherpreise nicht zu erwarten.

F. Bürokratiekosten

Für Unternehmen, Bürgerinnen und Bürger oder die Verwaltung werden keine zusätzlichen Informationspflichten eingeführt, vereinfacht oder abgeschafft.

Vorabfassung - wird durch die lektorierte Fassung ersetzt.

BUNDESREPUBLIK DEUTSCHLAND

DIE BUNDESKANZLERIN

Berlin, 21. Juni 2017

An den
Präsidenten des
Deutschen Bundestages
Herrn Prof. Dr. Norbert Lammert
Platz der Republik 1
11011 Berlin

Sehr geehrter Herr Präsident,

hiermit übersende ich gemäß Artikel 76 Absatz 3 des Grundgesetzes den vom Bundesrat in seiner 957. Sitzung am 12. Mai 2017 beschlossenen

> Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Verbraucherschutzes bei Telefonwerbung

mit Begründung und Vorblatt (Anlage 1).

Ich bitte, die Beschlussfassung des Deutschen Bundestages herbeizuführen.

Federführend ist das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz.

Die Auffassung der Bundesregierung zu dem Gesetzentwurf ist in der als Anlage 2 beigefügten Stellungnahme dargelegt.

Mit freundlichen Grüßen

Dr. Angela Merkel

Vorabfassung - wird durch die lektorierte Fassung ersetzt.

Anlage 1

Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Verbraucherschutzes bei Telefonwerbung

Vom …

Der Bundestag hat das folgende Gesetz beschlossen:

Artikel 1

Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs

Dem § 312c des Bürgerlichen Gesetzbuchs in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002 (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738), das zuletzt durch … geändert worden ist, werden folgende Absätze angefügt:

"(3) Die Wirksamkeit eines telefonisch geschlossenen Fernabsatzvertrages hängt davon ab, dass der Verbraucher den Vertrag in Textform genehmigt, nachdem ihm der Unternehmer sein Angebot auf einem dauerhaften Datenträger zur Verfügung gestellt hat. Dies gilt nicht, wenn das Telefonat nicht von dem Unternehmer oder einer in seinem Namen oder Auftrag handelnden Person zum Zwecke der Werbung veranlasst worden ist. § 312d Absatz 1 bleibt unberührt.

(4) Der Unternehmer kann das aufgrund des Vertrags Geleistete nicht deshalb zurückfordern, weil in Folge fehlender Genehmigung nach Absatz 3 eine Verbindlichkeit nicht bestanden hat. Fordert der Unternehmer den Verbraucher zur Erklärung über die Genehmigung auf, gilt sie als verweigert, wenn der Verbraucher sie nicht binnen zwei Wochen erklärt.

(5) Die Absätze 3 und 4 finden keine Anwendung bei Verträgen über Finanzdienstleistungen.

Vorabfassung - wird durch die lektorierte Fassung ersetzt.

Artikel 2

Änderung des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche

Dem Artikel 229 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche in der Fassung der Bekanntmachung vom 21. September 1994 (BGBl. I S. 2494; 1997 I S. 1061), das zuletzt durch … geändert worden ist, wird folgender § … [einsetzen: nächste bei der Verkündung freie Zählbezeichnung] angefügt:

"§ …[einsetzen: nächste bei der Verkündung freie Zählbezeichnung]

Überleitungsvorschrift zu dem Gesetz zur Stärkung des Verbraucherschutzes bei Telefonwerbung

Auf Schuldverhältnisse, die vor dem …[einsetzen: Datum des Inkrafttretens dieses Gesetzes] entstanden sind, ist § 312c des Bürgerlichen Gesetzbuchs in der bis zu diesem Tag geltenden Fassung anzuwenden.

Artikel 3

Inkrafttreten

Dieses Gesetz tritt am Tag nach seiner Verkündung in Kraft.

Vorabfassung - wird durch die lektorierte Fassung ersetzt.

Begründung

A. Allgemeiner Teil

I. Anlass und Ziel des Gesetzentwurfs

Überraschende und unerbetene Werbeanrufe stellen aus Verbrauchersicht seit vielen Jahren ein erhebliches Problem dar. Alle bisher durch den Gesetzgeber ergriffenen Maßnahmen zur Bekämpfung dieses Phänomens haben nicht in ausreichendem Maße zur Verbesserung der Situation beitragen können. Um Verbraucher vor Belästigung und Überrumpelung durch Werbeanrufe besser zu schützen, sollen daher im Sinne einer umfassenden "Bestätigungslösung" künftig strengere Anforderungen an die Wirksamkeit telefonisch geschlossener Fernabsatzverträge gestellt werden.

Zwar ist mit dem Gesetz gegen unseriöse Geschäftspraktiken vom 1. Oktober 2013 (BGBl. I S. 3714) ein Textformerfordernis und damit eine Art sektorale Bestätigungslösung speziell für Verträge über Gewinnspieldienste eingeführt worden, die zum damaligen Zeitpunkt den größten Anteil am gesamten Beschwerdeaufkommen über belästigende Werbeanrufe ausgemacht haben. Ergänzend sind ein neuer Bußgeldtatbestand für unerlaubte Werbeanrufe, die unter Einsatz einer automatischen Anrufmaschine durchgeführt werden, geschaffen und die Bußgeldobergrenze für unerlaubte Werbeanrufe von 50 000 Euro auf 300 000 Euro erhöht worden.

Der Erfolg dieses Gesetzes gegen unseriöse Geschäftspraktiken im Bereich der Telefonwerbung insgesamt ist jedoch ausgeblieben. Während ausweislich des Schlussberichts der Evaluierung der verbraucherschützenden Regelungen im Gesetz gegen unseriöse Geschäftspraktiken im Auftrag des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz vom 3. Februar 2017 die Werbung für Gewinnspiele und Gewinnspieldiensteverträge seit der Einführung des Textformerfordernisses für entsprechende Verträge deutlich abgenommen hat, ist die Zahl der Beschwerden wegen Telefonwerbung in anderen Bereichen, vor allem in den Branchen der Energieversorgung, der Telekommunikation, des Vertriebs von Versicherungs- und Finanzprodukten sowie der Printmedien, stark gewachsen.

Die Bundesnetzagentur hat im Zeitraum von Juli 2013 bis Juni 2015 rund 64 000 schriftliche Verbraucheranfragen und Beschwerden zur unerlaubten Telefonwerbung erhalten. Hinzu kamen rund 41 000 telefonische Anfragen und Verbraucherbeschwerden zu den Bereichen Rufnummernmissbrauch und unerlaubte Werbung (vgl. Tätigkeitbericht der Bundesnetzagentur Telekommunikation 2014/2015). Im

Vorabfassung - wird durch die lektorierte Fassung ersetzt.

Zeitraum von Juli 2014 bis November 2015 belief sich die Zahl der von den Verbraucherzentralen erfassten Beschwerden zu unerlaubten Werbeanrufen und am Telefon untergeschobenen Verträgen auf ca. 19 500. Da viele betroffene Verbraucherinnen und Verbraucher die belästigenden Anrufe nicht melden, ist von einer weitaus größeren Dunkelziffer auszugehen.

Die Erhebungen bestätigen eindrücklich, dass das Geschäft mit überraschenden Werbeanrufen und untergeschobenen Verträgen weiterhin floriert, sich aber nun auf andere Produkte als Gewinnspieldienste konzentriert. Dabei werden Betroffene überwiegend mit Angeboten über Waren oder Dienstleistungen konfrontiert, für die sie sich unter gewöhnlichen Umständen und bei reiflicher Überlegung nicht entschieden hätten.

Zwar ist Telefonwerbung ohne vorherige ausdrückliche Einwilligung des Verbrauchers grundsätzlich rechtswidrig nach dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, trotzdem können mündliche Vertragsabschlüsse während solcher Telefongespräche zivilrechtlich wirksam sein. Oft ist den überraschend in ein Verkaufsgespräch verwickelten Verbrauchern gar nicht bewusst, dass sie mit dem Telefonat einen kostenpflichtigen Vertrag abgeschlossen haben. Hinzu kommen zahlreiche Fälle, in denen das Unternehmen im Anschluss an das Telefonat den Abschluss eines Vertrags lediglich behauptet, aus Sicht der Verbraucher jedoch keine verbindliche Zusage erfolgt war.

Der europäische Gesetzgeber stellt den Mitgliedstaaten im Rahmen der überwiegend vollharmonisierenden VRRL ausdrücklich frei, für Fernabsatzverträge, die telefonisch geschlossen werden, nationale Regelungen einzuführen, nach denen der Unternehmer dem Verbraucher das Angebot bestätigen muss und der Verbraucher erst dann gebunden ist, wenn er das Angebot unterzeichnet oder sein schriftliches Einverständnis übermittelt hat. Die Mitgliedstaaten können ferner vorsehen, dass solche Bestätigungen auf einem dauerhaften Datenträger erfolgen müssen (vgl. Artikel 8 Absatz 6 VRRL).

Die Länder hatten bereits in der Vergangenheit mehrfach Initiativen zur gesetzlichen Einführung dieser sogenannten Bestätigungslösung ergriffen (vgl. beispielsweise Gesetzesantrag des Landes Baden-Württemberg vom 14. Mai 2008, BR-Drucksache 326/08, oder Gesetzentwurf der Länder Nordrhein-Westfalen, Berlin, Hamburg und Rheinland-Pfalz vom 16. September 2010, BR-Drucksachen 557/10 und 271/11(Beschluss)). Mit dem vorliegenden Gesetzentwurf verfolgt der Bundesrat diesen Ansatz weiter.

Vorabfassung - wird durch die lektorierte Fassung ersetzt.

II. Wesentlicher Inhalt

Von der maßgeblichen Öffnungsklausel des Artikels 8 Absatz 6 VRRL soll durch eine Ergänzung des § 312c BGB Gebrauch gemacht werden.

Zur Wirksamkeit eines telefonisch geschlossenen Fernabsatzvertrages im Sinne des § 312c BGB bedarf es künftig der Genehmigung des Vertrags durch den Verbraucher in Textform, nachdem der Unternehmer ihm sein Angebot auf einem dauerhaften Datenträger zur Verfügung gestellt hat. Dies gilt nicht, wenn das Telefonat nicht von dem Unternehmer oder einer in seinem Namen oder Auftrag handelnden Person zum Zwecke der Werbung veranlasst worden ist.

Die Neuregelung berücksichtigt zum einen die Kritik der Bundesregierung an den bisherigen Vorschlägen zur Einführung einer Bestätigungslösung und zum anderen die durch den Gesetzgeber gewählte Ausgestaltung der sektoralen Lösung für Gewinnspielverträge in § 675 Absatz 3 BGB. Sie verzichtet deshalb darauf, die neuen Anforderungen nur auf die Fälle einer unlauteren Telefonwerbung im Sinne des § 7 Absatz 2 Nummer 2 oder 3 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) zu beschränken.

Die eigentliche "Bestätigungslösung" in § 312c Absatz 3 BGB-E soll dadurch flankiert werden, dass in Absatz 4 das Recht des Unternehmers ausgeschlossen wird, seine - vor der Genehmigung des Verbrauchers erbrachte - Leistung wegen ausgebliebener Genehmigung des Verbrauchers zurückzufordern.

Um Widersprüche zur Richtlinie 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. September 2002 über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher und zur Änderung der Richtlinie 90/619/EWG des Rates und der Richtlinien 97/7/EG und 98/27/EG zu vermeiden, soll sich die Neuregelung nicht auf Fernabsatzverträge über Finanzdienstleistungen erstrecken.

Vorabfassung - wird durch die lektorierte Fassung ersetzt.

B. Besonderer Teil

Zu Artikel 1 (§ 312c Absatz 3 -neu-, 4 -neu- und 5 -neu- BGB)

Zu Absatz 3 Satz 1

Anders als bei Verbraucherverträgen im elektronischen Geschäftsverkehr, für die nach § 312j Absatz 2 bis 4 BGB die "Button-Lösung" gilt, werden im Rahmen eines überraschenden Werbeanrufs Verbrauchern die tatsächlichen Kosten und die Tragweite einer vertraglichen Bindung in der Regel nicht deutlich vor Augen geführt. Den unvorbereitet in ein Verkaufsgespräch verwickelten Betroffenen ist oft nicht bewusst, dass sie im Verlauf des Telefonats einen Vertrag geschlossen haben. Mit der in Absatz 3 vorgesehenen Regelung wird dieser ordnungs- und wettbewerbspolitisch in höchstem Maße unerwünschte Effekt verhindert, indem die vertragliche Bindung des Verbrauchers an weitere Bedingungen geknüpft wird, die ihm eine nochmalige, zeitlich und gegebenenfalls räumlich von dem Telefonat unabhängige Auseinandersetzung mit dem Vertragsangebot ermöglichen und ihn in die Lage versetzen, eine bewusste Entscheidung für oder gegen eine vertragliche Bindung zu treffen. Hierbei orientiert sich § 312c Absatz 3 BGB-E einerseits an der Öffnungsklausel der VRRL, anderseits aber auch der bisherigen Systematik und den bereits vorhandenen Schutzvorschriften im Bürgerlichen Gesetzbuch.

Nach der Öffnungsklausel der VRRL können die Mitgliedstaaten für telefonisch geschlossene Fernabsatzverträge vorsehen, dass der Unternehmer dem Verbraucher das Angebot bestätigen muss und der Verbraucher erst dann gebunden ist, wenn er das Angebot unterzeichnet oder sein schriftliches Einverständnis übermittelt hat. Die Mitgliedstaaten können ferner vorsehen, dass solche Bestätigungen auf einem dauerhaften Datenträger erfolgen müssen.

Entsprechend dem Wortlaut und dem Anwendungsbereich der VRRL beschränkt sich die Regelung auf Fernabsatzverträge im Sinne von § 312c BGB. Durch die Verankerung in Kapitel 2 des Untertitels "Grundsätze bei Verbraucherverträgen und besondere Vertriebsformen" in neuen Absätzen des § 312c BGB fügt sich die Regelung in die bisherige Struktur zur Umsetzung europäischer Verbraucherrechtsbestimmungen ein. Sie findet somit keine Anwendung auf zahlreiche Fallgestaltungen nach Maßgabe des § 312 BGB - beispielsweise Verträge über die Beförderung von Personen gemäß Absatz 2 Nummer 5 oder Verträge über die Lieferung von Lebensmitteln, Getränken oder sonstigen Haushaltsgegenständen des täglichen Bedarfs nach Absatz 2 Nummer 8.

Vorabfassung - wird durch die lektorierte Fassung ersetzt.

Auf Grundlage der Öffnungsklausel der VRRL soll in Anlehnung an die im Bürgerlichen Gesetzbuch bereits vorgesehene Konstruktion des schwebend unwirksamen und genehmigungsbedürftigen Vertrages (so in den §§ 108, 177 BGB für den Vertragsschluss eines Minderjährigen ohne Einwilligung des gesetzlichen Vertreters und den Vertragsschluss des Vertreters ohne Vertretungsmacht) die Wirksamkeit eines telefonisch geschlossenen Fernabsatzvertrags von der in Textform erklärten Genehmigung durch den Verbraucher abhängig gemacht werden. Ihr hat vorauszugehen, dass der Unternehmer dem Verbraucher sein Angebot auf einem dauerhaften Datenträger zur Verfügung stellt.

Mit der Regelung in Absatz 3 wird somit nicht bereits das Zustandekommen, sondern die Wirksamkeit des Fernabsatzvertrags, der telefonisch geschlossen werden kann, unter die näher bestimmten Voraussetzungen gestellt. Dieser Abweichung vom Konzept der Button-Lösung (vgl. § 312j Absatz 4 BGB) liegt die Überlegung zugrunde, dass nach der Grundsystematik des Bürgerlichen Gesetzbuchs zum Abschluss des Vertrages, der dem Zustandekommen des Vertrags gleichzusetzen ist, zwei übereinstimmende Willenserklärungen genügen. Grundsätzlich hindert die Nichteinhaltung von Formvorschriften nicht den Abschluss, sondern nur die Gültigkeit (d. h. die Wirksamkeit) des Vertrags (vgl. nur § 311b Absatz 4 Satz 1 und 2, § 766 BGB).

Um den vom Wortlaut des Artikels 8 Absatz 6 VRRL vorgegebenen Regelungsrahmen zu wahren, dürfen keine zu hohen Anforderungen an den Inhalt des auf einem dauerhaften Datenträger zur Verfügung zu stellenden Angebots des Unternehmers gestellt werden. In Abgrenzung zu den zwingenden Vorgaben des Artikels 8 Absatz 1, 4 und 7 VRRL ist der Öffnungsklausel des Absatzes 6 insbesondere nicht zu entnehmen, dass eine solche Angebotsbestätigung zwingend alle Pflichtinformationen im Sinne des § 312d Absatz 1 BGB in Verbindung mit Artikel 246a des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche (EGBGB) enthalten muss. Gleichwohl kann das Regelungsziel nur erreicht werden, wenn das auf dauerhaftem Datenträger zur Verfügung gestellte Angebot es dem Verbraucher ermöglicht, eine bewusste Entscheidung für oder gegen eine vertragliche Bindung zu treffen. Aus diesem Grund darf sich der tatsächliche Inhalt der Bestätigung nicht etwa in der Feststellung erschöpfen, dass mit dem Verbraucher telefonisch ein Vertrag geschlossen wurde, welchen es nun formal zu genehmigen gilt. Vielmehr ist von einer ordnungsgemäßen Angebotsübermittlung in inhaltlicher Hinsicht zu fordern, dass sie zumindest den allgemeinen Anforderungen an einen rechtlich verbindlichen Antrag genügt. Hierzu gehört, dass Gegenstand und Inhalt des Vertrags so bestimmt

Vorabfassung - wird durch die lektorierte Fassung ersetzt.

wiedergegeben sind, dass sie vom Empfängerhorizont aus beurteilt verständlich sind und die Annahme grundsätzlich durch ein einfaches "Ja" erfolgen könnte (vgl. Palandt/Ellenberger, 75. Aufl. 2016, § 145 Rn. 1). Hinsichtlich der formalen Anforderungen an die Angebotsbestätigung schöpft Absatz 3 den vom Wortlaut des Artikels 8 Absatz 6 Satz 2 VRRL vorgegebenen Regelungsrahmen aus und verlangt eine Bereitstellung auf einem dauerhaften Datenträger. In Anlehnung an Artikel 2 Nummer 10 und Erwägungsgrund 23 VRRL definiert § 126b Satz 2 BGB einen dauerhaften Datenträger als jedes Medium, das es dem Empfänger ermöglicht, eine auf dem Datenträger befindliche, an ihn persönlich gerichtete Erklärung so aufzubewahren oder zu speichern, dass sie ihm während eines für ihren Zweck angemessenen Zeitraums zugänglich ist, und das geeignet ist, die Erklärung unverändert wiederzugeben. Zu solchen Medien gehören insbesondere Papier, USB-Sticks, CD-ROMs, DVDs, Speicherkarten oder die Festplatten von Computern und anderen Endgeräten. Erfasst sind somit auch E-Mails und SMS-Nachrichten (vgl. Junker in: Herberger/Martinek/Rüßmann u. a., jurisPK-BGB, 7. Aufl. 2014, § 126b BGB, Rn. 35).

Zur wirksamen Genehmigung des Vertrages durch den Verbraucher soll es hingegen der Erklärung in Textform nicht aber der Schriftform bedürfen. Artikel 8 Absatz 6 VRRL enthält zwei alternative Voraussetzungen, unter denen eine Bindung des Verbrauchers an den Vertragsschluss erreicht werden kann: durch "Unterzeichnung des Angebots" oder durch Übermittlung eines "schriftlichen Einverständnisses". Für die Umsetzung der formalen Anforderungen an die Willenserklärung des Verbrauchers kommt somit grundsätzlich auch ein Schriftformerfordernis nach § 126 BGB in Betracht. Angesichts der heutigen Vielfalt an denkbaren Kommunikationsmöglichkeiten erscheint die Notwendigkeit einer eigenhändigen Unterzeichnung der Willenserklärung durch den Verbraucher jedoch praxisfern und unverhältnismäßig zum Regelungszweck. Hiernach genügt es, wenn der Verbraucher die Genehmigung des Vertrages in Textform gemäß § 126b Satz 1 BGB erklärt.

In Übereinstimmung mit dem Regelungszweck des Artikels 8 Absatz 6 VRRL verlangt § 312c Absatz 3 BGB für eine vertragliche Bindung des Verbrauchers außerdem, dass die Genehmigung auf den telefonisch geschlossenen Vertrag und damit auf das konkrete Angebot des Unternehmers gerichtet ist. Um zu erreichen, dass der Verbraucher erst dann gebunden wird, wenn er die Gelegenheit hatte, sich mit den Vertragsinhalten im Anschluss an das Telefonat nochmals näher auseinander

Vorabfassung - wird durch die lektorierte Fassung ersetzt.

zusetzen, und sich sodann bewusst für die Gültigkeit des Vertrages entscheidet, ist es unumgänglich, die Reihenfolge des durch den Unternehmer zu übermittelnden Angebots und der Genehmigung des Verbrauchers klar festzulegen.

Zu Absatz 3 Satz 2

Die Beweislastregelung des § 312c Absatz 3 Satz 2 BGB-E berücksichtigt sowohl die Kritik der Bundesregierung an den bisherigen Initiativen zur Einführung einer Bestätigungslösung, als auch die von der Bundesregierung jüngst in § 675 Absatz 3 BGB gewählte Ausgestaltung der sektoralen Lösung für Gewinnspielverträge. So hatte die Bundesregierung zuletzt in ihren Gegenäußerungen zur Stellungnahme des Bundesrates zum Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie und zur Änderung des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung, BR-Drucksache 817/12 (Beschluss); vgl. BT-Drucksache 17/12637, sowie zur Stellungnahme des Bundesrates zum Entwurf eines Gesetzes gegen unseriöse Geschäftspraktiken, BR-Drucksache 219/13 (Beschluss); BT-Drucksache 17/13429, kritisiert, die dort vorgeschlagene Ausgestaltung der Bestätigungslösung würde zu Rechtsunsicherheit in der praktischen Anwendung führen. Die Beschränkung des Anwendungsbereichs auf vom Unternehmer zu Werbezwecken veranlasste Telefonanrufe, die ohne wirksame Einwilligung des Verbrauchers erfolgen, würde beim Verbraucher Unsicherheit darüber hervorrufen, ob der von ihm telefonisch geschlossene Vertrag im Einzelfall der Bestätigung bedürfe. Sowohl die Frage, ob der Unternehmer den Telefonanruf zu Werbezwecken veranlasst hat, als auch die Frage, ob zu dem Zeitpunkt des Anrufs eine wirksame Einwilligung des Verbrauchers vorlag, dürften in der Praxis nicht einfach zu beantworten sein. Problematisch seien zum Beispiel Fälle, in denen eine zunächst wirksame Einwilligung des Verbrauchers in Telefonwerbung nach Verstreichen einer längeren Zeitspanne nicht mehr wirksam sei oder in denen der konkrete Werbeanruf von einer tatsächlich abgegebenen Einwilligung inhaltlich nicht mehr erfasst wäre. Konsequenterweise hat die Bundesregierung bei der Einführung der sektoralen Lösung für Gewinnspielverträge im Rahmen des Gesetzes gegen unseriöse Geschäftspraktiken auf solche Beschränkungen des Anwendungsbereichs verzichtet. Das Textformerfordernis in § 675 Absatz 3 BGB gilt allgemein - seine Anwendung hängt insbesondere nicht davon ab, ob der Anbieter von Gewinnspieldiensten die Vorschriften des Wettbewerbsrechts beachtet hat oder nicht.

Vorabfassung - wird durch die lektorierte Fassung ersetzt.

Der Bundesrat teilt die Auffassung der Bundesregierung insoweit, als die Anknüpfung vertragsrechtlicher Rechtsfolgen an die wettbewerbsrechtlich determinierte Frage der Zulässigkeit von Werbeanrufen praktische Schwierigkeiten birgt. Verbraucherinnen und Verbraucher werden in zahlreichen Fällen nicht mit hinreichender Sicherheit beurteilen können, ob ein bestimmter Werbeanruf nicht ausnahmsweise doch von einer - möglicherweise nur behaupteten - wirksamen Einwilligung gedeckt ist und deshalb bereits verbindlich am Telefon geschlossen werden konnte. Aus diesem Grund soll es für die Anwendung des § 312c Absatz 3 BGB-E nicht darauf ankommen, ob der Vertragsschluss auf einem nach § 7 Absatz 2 Nummer 2 oder 3 UWG unerlaubten Werbeanruf beruht oder nicht.

Für die in § 312c Absatz 3 Satz 2 BGB-E genannten Ausschlusstatbestände trifft den Unternehmer im Streitfall die Darlegungs- und Beweislast. Die zu befürchtenden Beweisschwierigkeiten des Unternehmers dürften nicht gravierender sein, als sie es bereits für den Verbraucher im Streitfall um das Vorliegen eines Verstoßes gegen die Unternehmerpflichten nach § 312a Absatz 1 BGB sind. Der damit im Einzelfall gegebenenfalls verbundene Argumentations- und Dokumentationsaufwand ist im Interesse der Verhältnismäßigkeit und des Verbraucherschutzes hinzunehmen. In Anknüpfung an den Unternehmerbegriff des Artikels 2 Nummer 2 VRRL sowie die darauf basierende Definition des Fernabsatzvertrags in § 312c Absatz 1 BGB werden Personen, die im Namen oder Auftrag des Unternehmers handeln, dem Unternehmer im Rahmen des § 312c Absatz 3 Satz 2 BGB-E ausdrücklich gleichgestellt.

Hingegen erscheint eine Ausgestaltung, bei der es nicht darauf ankommen soll, von wem die Initiative für den Vertragsschluss im Einzelfall ausgeht, für die hier in Frage stehende branchenübergreifende Regelung als zu weitgehend. Vor allem für Verträge, bei denen der Verbraucher aus eigenem Antrieb den telefonischen Kontakt zum Unternehmer sucht - wie dies beispielsweise bei Katalogbestellungen, der Beauftragung von handwerklichen Leistungen und ähnlichen Geschäften häufig der Fall ist - würden die neuen Formvorschriften eine unverhältnismäßige Erschwernis des telefonischen Geschäftsverkehrs und der Vertragsfreiheit allgemein bedeuten. Gleiches gilt für die Fälle, in denen es sich zwar um ein vom Unternehmer veranlasstes Telefonat handelt, mit dem Anruf jedoch keine Werbezwecke verfolgt werden. Denkbar sind hier beispielsweise Anrufe des Unternehmers im Rahmen einer bestehenden Geschäftsbeziehung (z. B. zur Klärung von Leistungs-, Service- oder Gewährleistungsfragen), bei deren Gelegenheit der Verbraucher aus eigenem Antrieb weitere Bestellungen oder Aufträge vergibt. Dem etwaigen Interesse des Ver-

Vorabfassung - wird durch die lektorierte Fassung ersetzt.

brauchers nach einer Dokumentation des Vereinbarten dürften in solchen Fällen die allgemeinen Vorschriften über Fernabsatzverträge bereits ausreichend Rechnung tragen.

Aus diesen Gründen bestimmt § 312c Absatz 3 Satz 2 BGB-E, dass die besonderen Anforderungen des Absatzes 3 Satz 1 nicht gelten, wenn der Anruf nicht vom Unternehmer oder einer in seinem Namen oder Auftrag handelnden Person zum Zwecke der Werbung veranlasst worden ist. Als Werbung ist insoweit jede Äußerung anzusehen, die dem Ziel dient, den Absatz oder Bezug von Waren oder Dienstleistungen zu fördern, wobei dieses Ziel nicht nur dann vorliegt, wenn der Angerufene unmittelbar zu einem Geschäftsabschluss bestimmt werden soll, sondern auch dann, wenn der Anruf mittelbar das Ziel verfolgt, den Absatz oder den Bezug von Waren zu fördern (vgl. Köhler/Bornkamm, UWG, § 7 Rn. 131). Erfasst sind damit auch Werbeanrufe, die ein Unternehmer mit dem Ziel der Fortsetzung, Ausweitung oder Änderung einer laufenden Geschäftsbeziehung mit dem Verbraucher (z. B. im Rahmen von Telekommunikations- oder Energielieferungsverträgen) veranlasst.

Das Merkmal der Veranlassung umfasst auch Fallgestaltungen, in denen der eigentliche Anruf durch den Verbraucher erfolgt, für diesen aber dennoch die Gefahr einer Überrumpelung besteht. Gemeint sind insbesondere Fälle, in denen Verbraucher durch eine auf dem Anrufbeantworter oder einer Mailbox hinterlassene Nachricht, eine SMS oder ähnliche Mitteilungen zu einem Rückruf animiert werden, um sie anschließend in ein Werbegespräch zu verwickeln.

Zu Absatz 4 Satz 1

Um der Missachtung des Genehmigungserfordernisses wirksam vorzubeugen, soll das Recht des Unternehmers, seine - voreilig erbrachte - Leistung wegen ausbleibender Genehmigung des Verbrauchers zurückzufordern, ausdrücklich ausgeschlossen werden.

Eine vergleichbare Regelung findet sich in § 762 Absatz 1 Satz 2 BGB für das Spiel und die Wette.

Auf diese Weise werden Verbraucher insbesondere vor einer bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung bewahrt.

Andernfalls könnte der Unternehmer seine vor Zugang der Genehmigungserklärung erbrachte Leistung jedenfalls kondizieren, sobald der Verbraucher die Genehmigung verweigert hat oder diese nach Absatz 4 Satz 2 als verweigert gilt. Solange ein

Vorabfassung - wird durch die lektorierte Fassung ersetzt.

Vertrag schwebend unwirksam ist, erfolgt die Leistung eines Vertragspartners ohne Rechtsgrund im Sinne des § 812 BGB (vgl. BGH, Urteil vom 8. Oktober 1975, VIII ZR 115/74, NJW 1976, 104, juris Rn. 18). § 814 BGB stünde einer Rückforderung zumindest nicht entgegen, wenn der Unternehmer in Erwartung der Genehmigung leistet, die Genehmigung jedoch dann verweigert wird (vgl. Staudinger/Stephan Lorenz (2007), BGB § 814 Rn. 9; jurisPK-BGB 8. Aufl. /Matinek § 814 Rn. 22; MüKoBGB/Schwab, BGB § 814 Rn. 4, 14).

Durch den Ausschluss des Rückforderungsrechts wird der Unternehmer angehalten, dem Verbraucher zunächst das Angebot auf Datenträger zur Verfügung zu stellen und ihn gegebenenfalls zur Erklärung über die Genehmigung aufzufordern. Es wird sichergestellt, dass der Unternehmer ein gesteigertes wirtschaftliches Interesse daran hat, den Verbraucher deutlich auf die zur Wirksamkeit des Vertrages ausstehende Genehmigungserklärung hinzuweisen. Es soll vermieden werden, dass der Unternehmer durch die Leistungserbringung vor Genehmigungserklärung bei dem Verbraucher den Eindruck erweckt, der Vertrag sei bereits wirksam geschlossen und dieser habe die Gegenleistung zu erbringen.

Der Unternehmer hat es zudem selbst in der Hand, seine Leistung bis zum Zugang der Genehmigungserklärung des Verbrauchers zurückzuhalten, und wird deshalb durch die harte Rechtsfolge nicht unangemessen benachteiligt.

Zu Absatz 4 Satz 2

Entsprechend den Regelungen in den §§ 108, 177 BGB soll der Unternehmer nach § 312c Absatz 4 Satz 2 BGB-E die Möglichkeit erhalten, den Verbraucher zur Erklärung über die Genehmigung aufzufordern mit der Folge, dass die Genehmigung als verweigert gilt, wenn sie nicht binnen zwei Wochen erklärt wird. Für den Beginn der Frist ist auf den Zugang der Aufforderung abzustellen.

Zu Absatz 5

Um Widersprüche zur Richtlinie 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. September 2002 über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher und zur Änderung der Richtlinie 90/619/EWG des Rates und der Richtlinien 97/7/EG und 98/27/EG zu vermeiden, soll sich die Neuregelung nicht auf Fernabsatzverträge über Finanzdienstleistungen erstrecken.

Vorabfassung - wird durch die lektorierte Fassung ersetzt.

Die Bestimmungen der VRRL - und damit auch die Öffnungsklausel des Artikels 8 Absatz 6 VRRL - sind insgesamt nicht auf Finanzdienstleistungen anwendbar (vgl. Artikel 3 Absatz 3 Buchstabe d VRRL).

Vielmehr unterliegen Finanzdienstleistungen im Sinne des § 312 Absatz 5 BGB den Vorgaben der europäischen Richtlinie 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. September 2002 über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher und zur Änderung der Richtlinie 90/619/EWG des Rates und der Richtlinien 97/7/EG und 98/27/EG. Die Richtlinie enthält insbesondere in ihrem Artikel 5 Vorschriften zur Übermittlung der Vertragsbedingungen und Vorabinformationen auf einem dauerhaften Datenträger, die vom Bundesgesetzgeber in § 312d Absatz 2 in Verbindung mit Artikel 246b § 2 EGBGB umgesetzt wurden. Gleichzeitig stellt die Richtlinie in ihrem Erwägungsgrund 13 klar, dass die Mitgliedstaaten in den durch sie harmonisierten Bereichen keine abweichenden Bestimmungen vorsehen dürfen, es sei denn, die Richtlinie sieht dies ausdrücklich vor. Diese gesetzliche Wertung kommt bereits in § 312f Absatz 4 BGB zum Ausdruck.

Zu Artikel 2 (Artikel 229 § … EGBGB)

Im Interesse der Rechtssicherheit von Verbrauchern und Unternehmern wird mit der in Artikel 229 EGBGB vorgesehenen Übergangsregelung festgelegt, dass § 312c BGB in der neuen Fassung nicht auf Schuldverhältnisse anzuwenden ist, die vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes entstanden sind.

Zu Artikel 3 (Inkrafttreten)

Die Vorschrift regelt das Inkrafttreten des Gesetzes.

Vorabfassung - wird durch die lektorierte Fassung ersetzt.

Stellungnahme der Bundesregierung

Die Bundesregierung nimmt zu dem Gesetzentwurf des Bundesrates wie folgt Stellung:

Nach dem Gesetzentwurf sollen auf Werbeanrufen basierende Verträge zwischen Verbrauchern und Unternehmern nur dann wirksam werden, wenn die Unternehmer ihre telefonischen Angebote den Verbrauchern auf einem dauerhaften Datenträger zur Verfügung stellen und die Verbraucher den Vertrag in Textform genehmigen.

Der Gesetzentwurf greift einen ca. zehn Jahre alten Vorschlag für eine „Bestätigung“ telefonisch geschlossener Verträge wieder auf (sogenannte Bestätigungslösung). Der Deutsche Bundestag hatte sich mit dem im Jahre 2013 verabschiedeten Gesetz gegen unseriöse Geschäftspraktiken bewusst gegen die Bestätigungslösung entschieden und sich darauf beschränkt, für Gewinnspieldiensteverträge ein Textformerfordernis einzuführen, weil im Gewinnspielbereich Beschwerden über am Telefon untergeschobene Verträge besonders häufig auftraten.

Das Gesetz gegen unseriöse Geschäftspraktiken wurde durch die Professoren Frauke Henning-Bodewig, Rupprecht Podszun und Hans Schulte-Nölke evaluiert; im Februar 2017 haben die Gutachter ihren Schlussbericht zur Evaluierung vorgelegt. Der Bericht bestätigt grundsätzlich die Wirksamkeit des Gesetzes gegen unseriöse Geschäftspraktiken. Allerdings sei die Anzahl der Beschwerden wegen unerlaubter Werbung nur in geringem Umfang rückläufig. Am 1. Juni 2017 fand im Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz eine Dialog-Veranstaltung mit Stakeholdern statt. Die Professoren stellten die Ergebnisse des Gutachtens den interessierten Kreisen vor; zudem wurden die Themen des Gutachtens im Rahmen eines Panels und mit dem Publikum diskutiert.

Der durch den Bundesrat eingebrachte Gesetzentwurf muss im Zusammenhang mit den Ergebnissen dieser Evaluierung des Gesetzes gegen unseriöse Geschäftspraktiken eingehend geprüft werden. Zwar könnten Vorteile für den Verbraucher bei so-

Vorabfassung - wird durch die lektorierte Fassung ersetzt.

genannten untergeschobenen Verträgen vorliegen – also wenn tatsächlich kein Vertrag geschlossen wurde. Auf der anderen Seite hätte die mit dem Gesetzentwurf vorgeschlagene Lösung zur Folge, dass ein Vertragsabschluss über das Telefon in Folge eines Werbeanrufes deutlich komplizierter würde und unter Umständen mit erheblichen Rechtsunsicherheiten belastet wäre. Der Vorschlag des Bundesrates könnte zudem zu dem Wertungswiderspruch führen, dass ein in den Anwendungsbereich der vorgeschlagenen Regelung fallender Vertrag schwebend unwirksam wäre, während ein aufgrund arglistiger Täuschung oder Drohung abgeschlossener Vertrag wirksam und lediglich anfechtbar wäre (§ 123 Absatz 1 in Verbindung mit § 143 des Bürgerlichen Gesetzbuchs – BGB). Darüber hinaus müssen die zugrunde liegenden Fragen im Kontext der europarechtlichen Rechtsgrundlage geprüft werden. Auch besteht schon bei fast allen mittels Telefon geschlossenen Verbraucherverträgen ein Widerrufsrecht.

In diesem Zusammenhang wird auch zu berücksichtigen sein, dass die Reformvorschläge der Professoren andere Schwerpunktsetzungen aufweisen. So werden dort eine zeitliche Befristung von Einwilligungen in Werbung, Dokumentations- und Aufbewahrungspflichten für solche Einwilligungen, erweiterte Ermittlungsbefugnisse für die Bundesnetzagentur, die Stärkung der Beteiligungsrechte der Bundesnetzagentur im Bußgeldverfahren, die – gegebenenfalls branchenspezifische – Einführung eines Textformerfordernisses sowie ein einseitiges Kündigungsrecht der Verbraucher bei telefonisch geschlossenen Verträgen vorgeschlagen.

Ob die durch den Bundesrat angeregte Änderung des BGB aus Gründen eines verbesserten Verbraucherschutzes erforderlich und zielführend ist, muss daher eingehend geprüft werden. Nach Auffassung der Bundesregierung erscheint derzeit nicht hinreichend gesichert, dass die im Gesetzentwurf des Bundesrates gewählten rechtlichen Regelungen die angestrebte Wirkung entfalten werden und die gebotene Rechtssicherheit schaffen. Die Bundesregierung wird daher auch unter Berücksichtigung der Ergebnisse des Schlussgutachtens und möglicher weiterer Analysen prüfen, ob sie gesetzgeberischen Handlungsbedarf sieht und ggf. Handlungsoptionen ermitteln.

Vorabfassung - wird durch die lektorierte Fassung ersetzt.